

# VU Research Portal

## Het geheugen van het recht

de Jong, Hylkje

2020

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

de Jong, H. (2020). *Het geheugen van het recht*. Vrije Universiteit Amsterdam.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

prof.dr.mr. Hylkje de Jong

## HET GEHEUGEN VAN HET RECHT





prof.dr.mr. Hylkje de Jong

# HET GEHEUGEN VAN HET RECHT

Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar  
Rechtsgeschiedenis aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije  
Universiteit Amsterdam op 14 februari 2020.





# Het geheugen van het recht

*Mijnheer de Rector,  
Zeer gewaardeerde toehoorders,*

## Inleiding

Op de website *Geheugen van de VU* staat een aantal levensbeschrijvingen van hoogleraren die in het verleden rechtshistorische leerstoelen hebben bekleed aan deze Universiteit. Sinds de oprichting van de Vrije Universiteit in 1880 verschoven de rechtshistorische leeropdrachten regelmatig in al dan niet gecombineerde leerstoelen. De hoogleraren W. Zevenbergen, V.H. Rutgers, P.J. Verdam en E.J.H. Schrage doceerden Romeins recht, H. Dooyeweerd oud-vaderlands recht, H. van der Linden en S. Faber Nederlandse rechtsgeschiedenis en de hoogleraar L.H.J. Sicking doceert nog steeds de geschiedenis van het volkenrecht. Mijn voorganger J. Hallebeek kreeg in 1999 voor het eerst een breder geformuleerde leeropdracht, namelijk die van Europese rechtsgeschiedenis. Tien jaar later, bij het emeritaat van Faber in 2009, werd besloten de leerstoel Nederlandse rechtsgeschiedenis niet langer te continueren. In het curriculum was nog maar plaats voor één verplicht rechtshistorisch vak, dat overigens wel deel ging uitmaken van de harde academische kern van de opleiding rechtsgeleerdheid. Bij mijn benoeming per 1 december jl. is de leeropdracht nog ruimer geformuleerd, namelijk 'rechtsgeschiedenis'. Onder deze uitgebreide verantwoordelijkheid valt niet alleen de Europese en Nederlandse rechtsgeschiedenis, maar bijvoorbeeld ook de Anglo-Amerikaanse rechtsgeschiedenis en de Byzantijnse rechtsgeschiedenis. Dat rechtsgeschiedenis vandaag nog altijd een vaste plaats heeft in het curriculum, is niet vanzelfsprekend. Want wat heeft de jurist in wording nu aan recht dat geen gelding meer heeft? Door de leerstoel te continueren en daarmee het onderwijs en onderzoek op rechtshistorisch terrein veilig te stellen, laat de Vrije Universiteit blijken daarover een andere opvatting te hebben. Natuurlijk houden ook rechtshistorici zich van tijd tot tijd bezig met de vraag wat het nut is van hun vak. In deze rede zou ik graag aanschouwelijk willen maken dat rechtsgeschiedenis inderdaad zinvol is, of nog sterker, dat rechtshistorisch onderwijs van groot belang is voor de vorming van toekomstige juristen.

Niet alleen de VU heeft een geheugen, ook het recht. Het recht formuleert oplossingen voor feitelijke problemen en zoals een ieder herinneringen met zich meedraagt, kunnen in het recht de eenmaal beproefde oplossingen soms lange tijd voortleven. Dat betekent niet dat die oplossingen nooit aan verandering onderhevig kunnen zijn. Het recht kan zich ontwikkelen en de eenmaal gegeven oplossing kan in een andere tijd en een andere context worden genuanceerd, bijgesteld of zelfs vervangen. Zo is het ook met het menselijk geheugen. Herinneringen aan vroeger kunnen door veranderde omstandigheden in een ander daglicht komen te staan en een andere kleur krijgen. Dan vindt nuancering plaats of moet de herinnering worden herzien. Douwe Draaisma, hoogleraar geschiedenis van de psychologie, verhaalt in een interview hoe iemand hem ooit vertelde dat hij als kind tegen van

alles aanbodste: deurposten, tafels en straatlantaarns. De man stond bekend als het onhandige jongetje. Maar nu had hij onlangs een oogonderzoek ondergaan en daaruit was gebleken dat hij een deel van zijn gezichtsveld miste. Hij kon bepaalde objecten gewoonweg niet zien. Die wetenschap veranderde ook zijn herinnering. Het beeld van het onhandige jongetje werd bijgesteld. Hij was wel een jongetje geweest dat tegen van alles en nog wat aanbodste, maar niet omdat hij zo onhandig was. Ook in het recht kan een veranderde context de eenmaal gegeven oplossing bijstellen. Ik geef een voorbeeld. Iemand steelt een vaas en de vraag waarop het recht een antwoord moet geven luidt: wat moet er gebeuren om de sociale orde te herstellen? In het Justiniaanse recht werd de sociale orde hersteld door middel van vergelding in de vorm van een financiële bestraffing. De dief moest aan de bestolene teruggeven wat hij had weggenomen, maar betaalde daarnaast ook een boete. In het middeleeuwse canonieke recht werd dezelfde rechtsvraag vanuit een geheel andere optiek beantwoord. Voorop stond niet het herstel van de sociale orde, maar de zorg voor het zielenheil van de dief. Om dat niet in gevaar te brengen was het niet zozeer nodig om boetes op te leggen, maar om de natuurlijke orde te herstellen. De aangewezen weg daarvoor was restitutie, dat wil zeggen herstel in de oude toestand. Boetes en straffen waren daarvoor niet nodig. Derhalve zien wij, dat bij een zelfde rechtsvraag de oplossing die voortleeft in de herinnering van het recht kan worden aangepast. Het geheugen van het recht dicteert geen oplossing voor alle tijden, net zo min als de mens voor eeuwig gebonden zou zijn aan de denkbeelden die zich ooit in zijn herinnering hebben gevormd. Daar staat tegenover dat het geheugen van het recht van groot belang kan zijn voor de vragen waarvoor ons huidige recht zich geplaatst weet. Wie de moeite neemt om kennis te nemen van de traditie waaruit ons hedendaagse recht zich heeft gevormd, zal stuiten op een rijk juridisch erfgoed. Voor onze vragen van vandaag heeft dit erfgoed veel te bieden, variërend van abstracte juridische dogmatiek tot heel pragmatische argumenten. Aan de ene kant moeten wij natuurlijk niet denken dat de rechtsgeschiedenis voor ieder hedendaags vraagstuk een oplossing kan bieden. Dat is hoe dan ook onmogelijk, alleen al omdat veel van die vragen zich niet eerder hebben voorgedaan. Aan de andere kant is het onverstandig om geen kennis te nemen van de rechtsgeschiedenis. Wie dat doet moet dikwijls het wiel opnieuw uitvinden en ontnemt zich de mogelijkheid om te profiteren van de normatieve uitspraken in vergelijkbare gevallen uit het verleden, waarbij vaak dezelfde voor- en nadelen tegen elkaar werden afgewogen.

'Iemand neemt iets weg van een ander' is een vrij eenvoudige casus. Maar kunnen wij ook te rade gaan bij het geheugen van het recht, als wij worden geconfronteerd met een probleem dat complexer is dan een simpele diefstal? Om die vraag te beantwoorden zal ik eerst ingaan op een uitspraak van de Hoge Raad uit 2017, die nogal wat stof heeft doen opwaaien, namelijk het arrest *Gemeente Heusden/-Verweerders*<sup>1</sup> om vervolgens de blik te wenden tot een tekst uit de Digesten, waarin zich een vergelijkbare situatie heeft voorgedaan. Ik geef u een beknopt overzicht en voor de geïnteresseerden verwijs ik naar een artikel dat ik later zal publiceren en waarin ik deze casus uitvoerig zal bespreken.

---

<sup>1</sup> HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309.

## **Gemeente Heusden/Verweerders – feiten en procedure**

Sinds februari 1973 waren verweerders eigenaar van een perceel grond, gelegen in Drunen. Achter dit stuk grond lag een bosperceel, dat volgens de kadastrale gegevens toebehoorde aan de Gemeente Heusden. Op enig moment hebben verweerders een strook van ruim 400 m<sup>2</sup> van dit bosperceel omheind. In januari 2003 stuurde de Gemeente verweerders een brief. Daarin deelde de Gemeente mee dat zij vanwege voorgenomen werkzaamheden de beschikking diende te hebben over de strook grond die in gebruik was bij verweerders. De Gemeente sprak ook over een gebruiksovereenkomst die met ingang van 1 april werd opgezegd. Verweerders stelden daartegenover, dat er in het geheel geen gebruiksovereenkomst bestond en dat zij door verjaring eigenaar waren geworden van de omheinde strook.

In hun geding vorderden de verweerders een verklaring voor recht met als inhoud dat zij inderdaad door verjaring eigenaar waren geworden en eisten zij van de Gemeente dat zij zou meewerken aan de notariële vastlegging van die verklaring. Zij onderbouwden deze vorderingen met de stelling dat zij vanaf 1974, althans niet later dan 1980, bezitters van de strook waren geweest en zo op grond van art. 3:105 lid 1 BW de eigendom daarvan hadden verkregen. De Gemeente betwistte de vordering en eiste in reconventie ontruiming van de strook grond en een verbod om deze te gebruiken of te betreden. Bij vonnis van 28 augustus 2013 wees de Rechtbank Oost-Brabant de vorderingen van verweerders af en de vordering in reconventie van de Gemeente toe.<sup>2</sup>

In hoger beroep vernietigde het hof 's-Hertogenbosch het vonnis van de rechtbank en verleende de gevraagde verklaring voor recht. Verweerders konden zich terecht beroepen op hun ongestoorde bezit. Zij hadden de strook omheind, afgesloten en onderhouden. Op de strook hadden zij twee boshutten gebouwd en een deel van een jeu de boules-baan en een houtopslagplaats aangelegd. Deze handelingen konden volgens het hof worden gekwalificeerd als het uitoefenen van feitelijke macht met de pretentie rechthebbende te zijn. Op het moment dat de Gemeente de brief verzond, hadden verweerders de grond twintig jaar onafgebroken in bezit gehad.<sup>3</sup>

De Gemeente stelde tegen dit arrest cassatie in, maar werd door de Hoge Raad in het ongelijk gesteld. Ook al waren de verweerders bezitters te kwader trouw, zij waren door verjaring eigenaar geworden. Ik zal nu niet alle cassatiemiddelen en overwegingen van de Hoge Raad bespreken, maar wijs slechts op één element in de uitspraak van ons hoogste rechtscollege. Zonder daartoe te zijn genooddaakt, noemde de Hoge Raad namelijk ook een vordering om de nieuwe eigenaren aan te spreken die de Gemeente had kunnen baten. Omdat de verweerders bezitters te kwader trouw waren, zou het volgens de Hoge Raad mogelijk zijn geweest om op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding te vorderen en op grond van art. 6:103 BW te vragen om een schadevergoeding in natura, die dan zou bestaan in

---

<sup>2</sup> Rb. Oost-Brabant 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4917.

<sup>3</sup> Hof 's-Hertogenbosch, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:42.

het overdragen van de eigendom van de wederrechtelijk in bezit genomen strook grond.

In de annotaties bij dit arrest en in de literatuur werd van 'een verrassing' gesproken en van 'juridisch vuurwerk'. Laten wij, om te kunnen beoordelen of deze rechtsoverweging terecht 'een verrassing' kan worden genoemd, eerst de rechtsvraag formuleren, waarop zij een antwoord gaf. Die zou als volgt kunnen luiden:

Kan na voltooiing van verkrijgende verjaring de voormalige eigenaar de zaak terugvorderen?

Zoals gezien beantwoordde de Hoge Raad deze vraag bevestigend, zij het voor het geval dat de nieuwe eigenaren bezitter te kwader trouw zijn, door een vordering uit onrechtmatige daad toe te kennen waarbij de schadevergoeding dan niet hoeft te bestaan in geld, maar in de eigendomsoverdracht van de desbetreffende zaak.

#### D. 17,1,57

Kunnen wij nu te rade gaan bij het geheugen van het recht? Is de zojuist geformuleerde vraag, geabstraheerd van de hedendaagse casus, al eens eerder beantwoord? In de Digesten is een tekst te vinden, waarin antwoord wordt gegeven op een vraag die grote gelijkenis vertoont met de zojuist geformuleerde rechtsvraag, ook al waren de feitelijke omstandigheden niet identiek. Ik lees nu eerst deze tekst in Nederlandse vertaling en zal daarna kort ingaan op de inhoud.

D. 17,1,57 *Papinianus libro decimo responsorum* Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. Sed venaliciarium ex provincia reversum publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.

D. 17,1,57 *Papinianus, Adviezen, boek X* Het stond vast dat de overeenkomst van opdracht tot verkoop van slaven was beëindigd door het overlijden van de opdrachtnemer. Omdat diens erfgenamen evenwel per abuis en niet met de bedoeling om te ontvreemden, maar juist om de opdracht die de overledene op zich had genomen uit te voeren, de slaven hadden verkocht, is het heersende leer, dat de kopers door verjaring de eigendom verkrijgen van deze slaven, en dat de slavenhandelaar, eenmaal teruggekeerd uit de provincie, met succes zal procederen met de *actio Publiciana*. De *exceptio iusti dominii* wordt immers slechts toegekend na kennis te hebben genomen van de zaak en wie vertrouwen heeft gesteld op een bepaald persoon, moet geen schade lijden ten gevolge van de vergissing of de onervarenheid van diens erfgenamen.

Een slavenhandelaar had voordat hij afreisde naar de provincie iemand opdracht gegeven om slaven te verkopen. Deze opdrachtnemer was overleden en naar Romeins recht wordt een contract van opdracht ontbonden door de dood van een van de partijen. De erfgenamen van de opdrachtnemer hadden zich dat echter niet gerealiseerd en waren in de veronderstelling de verplichting uit het contract te moeten uitvoeren. Zij verkochten de slaven en de kopers verkregen door voltooiing van verkrijgende verjaring de eigendom van deze slaven. Over de goederenrechtelijke posities die de verschillende partijen, de slavenhandelaar en de kopers, tot dat moment moeten hebben gehad, zegt de Digestentekst weinig. Wat vast staat is dat de kopers na drie jaar ongestoord bezit, als wij de termijn van het Justiniaanse recht voor roerende zaken aanhouden, eigenaar waren geworden. De slavenhandelaar had de *actio Publiciana*, een vordering die diende ter handhaving van het bezit van de verjaringsbezitter. Dat was hij niet. Hij was een eigenaar die zijn eigendom had verloren. Toch kon de *actio Publiciana* hier worden gebruikt, omdat daarmee verloren bezit kan worden teruggevorderd, indien de eiser kan aantonen dat hij bezitter is geweest op grond van een geldige titel. En dat kon de slavenhandelaar. Dat hij bezitter was geweest stond wel vast, en hoogstwaarschijnlijk had hij de slaven ooit zelf gekocht waardoor zijn bezit was gekwalificeerd met een geldige titel. Een obstakel was alleen nog dat de *actio Publiciana* door de gedaagde kon worden ontkracht door middel van het verweer eigenaar te zijn, de *exceptio iusti dominii* en een dergelijk verweer zouden de kopers van de slaven kunnen aanvoeren – zij waren immers eigenaar – ware het niet dat de bepaling uit de Digesten simpelweg voorschrijft dat in dit geval deze kopers dit verweer moet worden ontzegd. De slavenhandelaar mocht niet de dupe worden van het feit dat de erfgenamen kennelijk het recht niet kenden. Zij realiseerden zich niet dat door de dood van hun erflater het contract van opdracht was ontbonden.

Deze casus vertoont enige verschillen met die van het arrest *Gemeente Heusden/Verweerders*: de strook grond was een onroerende zaak, de slaven waren roerende zaken; de bezitters van de strook grond waren te kwader trouw en de kopers van de slaaf waren waarschijnlijk te goeder trouw. Ondanks die verschillen, deed zich in beide gevallen dezelfde vraag voor als die wij zojuist hebben geformuleerd:

Kan na voltooiing van verkrijgende verjaring de voormalige eigenaar de zaak terugvorderen?

Naar Romeins recht zou men, net als voor het Nederlandse recht, een ontkennend antwoord verwachten. Verjaring verschafte duidelijkheid omtrent de vraag wie eigenaar is (D. 41,3,1); verjaring maakte een einde aan gerechtelijke procedures (D. 41,10,5pr.) en verjaring verlost de bezitter van de angst dat hij ooit nog door de eigenaar zou kunnen worden aangesproken en dan de zaak zou moeten afstaan (C. 7,39,7pr.). Deze functies zouden volledig worden veronachtzaamd, wanneer na voltooiing van de verjaring, de eigenaar toch kon worden gedwongen de door hem in eigendom verkregen zaak weer af te geven.

Geheel tegen de verwachting in werd aan de slavenhandelaar toch een actie verleend om de slaven terug te vorderen, waarvan hij inmiddels geen eigenaar meer was. De rechtsoverweging van de Hoge Raad hoeft eigenlijk geen grote verrassing te zijn. Zij vertoont gelijkenis met een oplossing die wij kennen uit de Digesten. Oeroud. Dit vind ik juridisch vuurwerk!

Om duidelijk te maken op welke wijze het geheugen van het recht in dienst kan staan van het recht van vandaag, zal ik nu kort ingaan op twee aspecten van het arrest van de Hoge Raad die in de annotaties en de secundaire literatuur telkens weer aan de orde worden gesteld, namelijk de vraag waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis nu precies bestond en de vraag wat de uiteindelijke grond was voor de vordering tot teruggave.

### **De schadeveroorzakende gebeurtenis**

De Hoge Raad merkte het in bezit nemen en houden van een zaak in de wetenschap dat die aan een ander toebehoort aan als een onrechtmatig handelen. Het probleem was alleen dat daardoor de schade niet was ontstaan. De eigenaar kon nog geruime tijd zijn zaak revindiceren en leed pas schade op het moment dat de verjaring werd voltooid. De voltooiing van de verjaring zou volgens de Hoge Raad derhalve moeten worden aangemerkt als de schadeveroorzakende gebeurtenis. In de literatuur werdesignaleerd dat dit dan wel merkwaardig is. Het eigendomsverlies zou immers niets anders dan het rechtsgevolg zijn dat intreedt op grond van een wettelijke bepaling. En dat intreden van een dergelijk rechtsgevolg kan men toch niemand aanrekenen. Sommige juristen pleitten er voor om niet de voltooiing van de verjaring aan te merken als de schadeveroorzakende gebeurtenis, maar het te kwader trouw in bezit nemen en/of in bezit houden of om de schadeveroorzakende gebeurtenis te zien in het totaal van de achtereenvolgende gebeurtenissen, van het in bezit nemen tot en met de voltooiing van de verjaring. Wellicht dat nieuwe jurisprudentie daaromtrent duidelijkheid zou gaan geven.

Kan het geheugen van het recht ons hier misschien helpen? Ook voor de casus van de slavenhandelaar uit de Digesten (D. 17,1,57) kan men zich afvragen wat de schadeveroorzakende gebeurtenis was: de verkoop, de levering, de verjaring of nog iets anders? Dat blijft enigszins onduidelijk, omdat de Digestentekst zich niet expliciet uitlaat over de goederenrechtelijke positie van partijen tot aan het moment dat de verjaring is voltooid. In dergelijke gevallen kan het zinvol zijn om ook te kijken naar het Byzantijnse recht van de *Basilica*, omdat daarin fragmenten zijn opgenomen, die afkomstig zijn uit het zesde-eeuwse Griekstalige rechtenonderwijs, waarin de Digesten werden behandeld. Dat raadplegen van de *Basilica* om daarmee het Romeinse recht beter te kunnen begrijpen, gebeurt lang niet altijd. Wat K.E. Zachariä von Lingenthal (1812-1894) ooit eens heeft gezegd over de waarde van het Byzantijnse recht, heeft nog niets aan actualiteit verloren. In 1885 schreef deze grote geleerde op het terrein van het Byzantijnse recht het volgende:



“Noch immer wird der Schatz, den uns die byzantinischen Rechtsquellen zu eröffnen vermögen, nicht hinreichend von der gelehrten Welt gewürdigt. Insbesondere ist es auffallend, wie wenig unsere Romanisten aus dieser Quelle zu schöpfen verstehen, als ob es auch noch heut zu Tage hiesse: *Graeca sunt, non leguntur*. Und doch erfahren wir hier so Manches, was zu weiteren Forschungen auffordert”.<sup>4</sup>

De Byzantijnse rechtsbronnen werden volgens Zachariä von Lingenthal onvoldoende gewaardeerd door de wereld van de wetenschap, terwijl er zoveel parels en diamanten in zijn te vinden. Een van die parels is de vrije Griekse vertaling van de Digestentekst over de slavenhandelaar in de *Basilica*, waarschijnlijk van de hand van de zesde-eeuwse hoogleraar Stephanus. Ik lees een deel ervan voor in Nederlandse vertaling:

BS 791/27-792/15: Σωματέμπορός τις ἀνδράποδά μοι δέδωκεν. Ἐντειλάμενος ταῦτα διαπωλῆσαι ἀπεδήμησεν. Ἐτελεύτησα πρὸ τῆς τῶν ἀδραπόδων διαπραΰσεως. Δήλον, ὅτι τῆς ῥῆ ἵντεγρα συμβάσης μοι τελευτῆς διετέλυτο τὸ μανδάτον. Ὁ ἐμὸς κληρονόμος οὐ φοράνδι ἄνιμο ἤγουν οὐ ψυχῇ κλεπτόντων, ἀλλὰ πλανηθεὶς καὶ νομίσας ἀναγκαῖον εἶναι ἀποπληροῦν αὐτὸν τὸ ἐνταλθὲν τῷ τελευτήσαντι τοὺς οἰκέτας ἐπώλησεν. Οἱ ἀγορασταὶ τούτους οὐσουκαπιτεύειν δύνανται ὡς καὶ βόνα φίδε νερόμενοι καὶ οὐκ ὄντων φουρτίβων τῶν ἀνδραπόδων. (...) Ἄλλα τὴν μὲν διρρέκταν ἰν ῥῆμ ὁ σωματέμπορος κινεῖν οὐ δύναται τῶν ἀνδραπόδων οὐσουκαπιτευθέντων· ἔστιν δὲ αὐτῷ οὐκ ἄχρηστος ἡ Πουβλικιανή. (...)

BS 791/27-792/15: Een of andere slavenhandelaar heeft mij slaven gegeven. Nadat hij had opgedragen deze door te verkopen, is hij naar het buitenland gereisd. Ik ben vóór de doorverkoop van de slaven gestorven. Het is duidelijk dat, omdat mijn overlijden *re integra* gebeurde, het *mandatum* ontbonden werd. Mijn erfgenaam heeft, niet *animo furandi*, dat wil zeggen niet met de bedoeling om te stelen, maar, omdat hij zich heeft vergist en meende dat het noodzakelijk was de opdracht voor de gestorvene te vervullen, de slaven verkocht. De kopers kunnen hen door verjaring in eigendom verkrijgen, omdat zij hen te goeder trouw bezitten en zij geen dieven van de slaven zijn. (...) Maar de slavenhandelaar kan niet de *actio in rem directa* (de eigendomsactie) instellen, wanneer de slaven door verjaring in eigendom worden verkregen; maar de *actio Publiciana* is voor hem niet onbruikbaar. (...).

Wat de schadeveroorzakende gebeurtenis is, wordt hier niet expliciet gezegd. De Basilicatekst laat wel blijken, veel duidelijker dan in de Digesten, dat de slavenhandelaar de slaven nog kan revindiceren onder de kopers zolang de verjaring niet is voltooid. Voor die tijd is hij kennelijk nog eigenaar en voor die tijd kan er daarom geen sprake zijn van schade. Wie immers een zaak kan opvorderen, wordt volgens

<sup>4</sup> K.E. Zachariä von Lingenthal, ‘Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianischen Juristen’, SZ 6 (1885), 1 (repr. in: C.E. Zachariä von Lingenthal, *Kleine Schriften zur römischen und byzantinischen Rechtsgeschichte* 2, Leipzig 1973, p. 186).

de Digesten geacht die zaak nog te hebben. De schadeveroorzakende gebeurtenis lijkt daarom te zijn gelegen in de voltooiing van de verjaring. Tot die conclusie was de Hoge Raad ook gekomen, maar de Basilicatekst geeft veel duidelijker aan dat pas op dat moment en niet eerder de eigenaar zijn eigendom verliest.

Terug naar het heden. Na het arrest *Gemeente Heusden/Verweerders* volgden enige uitspraken van lagere rechters, die duidelijker dan de Hoge Raad ingingen op de goederenrechtelijke posities van partijen voorafgaand aan de voltooiing van de verjaring. Zo overwoog de rechtbank Limburg in een vonnis van 14 november 2018 het volgende:

4.10 Een vordering als de onderhavige (gericht op schadevergoeding in natura door teruglevering van de zaak *HdJ*) kan slechts doeltreffend worden ingesteld door degene die zijn eigendom als gevolg van verkrijgende verjaring verloren heeft zien gaan. Vóór het voltooiën van de verjaring stond een op onrechtmatige daad gegronde vordering de gelaedeerde niet ten dienste. In die fase kon het goed dat verloren dreigde te gaan immers nog gerevindiceerd worden. In dat licht en tegen de achtergrond van het debat dient zich de vraag aan waar de onrechtmatige gedraging dan nauwkeurig in bestaat. Deze moet gezocht worden in het in bezit nemen van het goed én ook houden (het voortduren van dat bezit) waarbij het moment van verkrijgende verjaring als schadeveroorzakende gebeurtenis moet worden gezien. Daarbij geldt dat een schadevergoeding in natura, strekkende tot teruglevering van het goed, alleen voor toewijzing in aanmerking komt indien de laedens het goed nog steeds in eigendom heeft.<sup>5</sup>

Het is alsof wij hier Stephanus horen spreken: tot het moment waarop de verjaring is voltooid, kan er geen sprake zijn van schade, want de gedeposeerde eigenaar kan zijn zaak revindiceren. Pas daarna moet worden omgezien naar een ander rechtsmiddel. De rechtbank Limburg bracht daarmee duidelijkheid in een vraag waarover de Hoge Raad zich niet expliciet had uitgesproken en daarmee stond nu ook vast wat precies de schadeveroorzakende gebeurtenis was. Maar in wezen was Stephanus al in de zesde eeuw tot deze conclusie gekomen. Dit vind ik juridisch vuurwerk!

## **De grond voor de actie uit onrechtmatige daad**

Ik kom nu toe aan het tweede aspect, namelijk de abstracte grondslag voor de vordering tot teruggave van de door verjaring verkregen zaak. In het arrest van de Hoge Raad was dat een actie uit onrechtmatige daad, maar waarom deze actie nu zou kunnen worden ingesteld, werd niet gezegd. Nadat eerst duidelijk was gewezen op het rechtsgevolg van de wettelijke verjaringsregel, werd de mogelijkheid ten tonele gevoerd om met een vordering uit onrechtmatige daad, gecombineerd met een verzoek tot schadevergoeding in natura de zaak terug te vorderen: een mededeling die van geen enkel belang was voor de motivering van het dictum. In de literatuur werd geopperd dat de Hoge Raad een afweging had gemaakt tussen

---

<sup>5</sup> Rb. Limburg 14 november 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:10698.

de rechtszekerheid die de verjaring beoogt te bieden en hetgeen de billijkheid in het concrete geval vereist. Als hoofdregel moet rechtszekerheid prevaleren, maar in dit geval dus kennelijk de billijkheid.

In de casus van de slavenhandelaar uit de Digesten (D. 17,1,57) zegt de tekst: “wie vertrouwen heeft gesteld op een bepaald persoon, moet geen schade lijden ten gevolge van de vergissing of de onervarenheid van diens erfgenamen”. De Digesten laten echter de vraag open wat nu precies de onwetende erfgenamen kan worden kwalijk genomen. En dat is een moeilijke vraag, want deze erfgenamen hadden met de beste bedoelingen de slaven verkocht.

Wederom verschaft de *Basilica* ons meer duidelijkheid. Ik lees verder in de vrije Griekse vertaling van de Digestentekst in de *Basilica*, wederom in Nederlandse vertaling.

BS 791/27-792/15: (...) Εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ ὁ ἐναγόμενος δύναται κεχρῆσθαι παραγραφῇ λέγων, ἀλλ’ εἰ μὴ ἔννομος γέγονα δεσπότης τῷ τρόπῳ τῆς οὐσουκαπίωνος, ἀλλ’ οὖν ἀνίσχυρος ἢ τοιαύτη γίνεται παραγραφή· οὐδὲ γάρ, ὡς ἔτυχεν, ὁ νόμος ταύτην ἀντιτίθεσθαι συγχωρεῖ, ἀλλὰ καὶ οὖσα κόγνιτα, τουτέστιν εὐλόγου αἰτίας ὑποκειμένης. Οὐκ ἔστιν δὲ δίκαιον τὸν ὠρισμένου ἀνδρὸς πίστιν ἐπιλεξάμενον διὰ τὴν ἀπειρίαν ἢ πλάνην τῶν κληρονόμων ὑποβάλλεσθαι ζημίᾳ.  
(...)

BS 791/27-792/15: (...) Wanneer de gedaagde namelijk een verweer tegen hem kan opwerpen, waarbij hij zegt: maar wanneer ik niet rechtmatig eigenaar ben geworden door middel van *usucapio*, dan is dit verweer dus nietig; want de wet staat niet toe, zoals gewoonlijk, dit verweer op te werpen, maar *causa cognita*, dat wil zeggen wanneer een redelijke grond daaraan ten grondslag ligt. Het is namelijk niet rechtvaardig dat hij, die een bepaalde betrouwbare man heeft uitgekozen, door de onwetendheid of vergissing van de erfgenamen schade lijdt. (...)

Deze Byzantijnse tekst geeft nauwkeurig aan waarom precies de vordering tot teruggave succes had in dit geval. Dat vloeide niet enkel voort uit het feit dat de slaven waren verkocht door onwetende en onervaren erfgenamen. De kopers, aangesproken door de voormalige eigenaar, wilden zich op het feit beroepen dat zij eigenaren waren geworden. Hun verweer zou de vordering kunnen ontkrachten. Maar volgens de *Basilica* mag een beroep op de *exceptio iusti dominii* niet onredelijk zijn. Om te beoordelen of dat zo was, moest eerst de concrete situatie worden onderzocht (*causa cognita*). Dan zou blijken of de omstandigheden maakten dat een beroep op het verweermiddel eigenaar te zijn redelijk was of niet.

Als wij dan vergelijken: zowel de Digesten als de Hoge Raad wilden een correctie aanbrengen, waar het onredelijk of onbillijk was dat de voormalig eigenaar zijn eigendom zou verliezen ten gevolge van een voltooide verjaring. In de wijze waarop de door verjaring verkregen zaken werden terugggevorderd bestaan aanzienlijke verschillen. Papinianus’ advies liet de goederenrechtelijke regel van verkrijgende verjaring intact. Verbintenisrechtelijke rechtsmiddelen werden niet opgerekt: geen extensieve toepassing van het mandaat of delictsacties. De oplossing was gelegen

in het goederenrecht en het procesrecht. De Hoge Raad ontkrachtte daarentegen de goederenrechtelijke regel van verkrijgende verjaring door middel van de verbintenissenrechtelijke vordering uit onrechtmatige daad, die in de loop der tijden in ons recht nu eenmaal een ruime toepassing heeft gevonden. Het lijkt er bijna op of de Hoge Raad de wetgever heeft willen corrigeren door de rechtsfiguur van de verkrijgende verjaring bij bezit te kwader trouw langs de weg van het verbintenissenrecht buiten spel te zetten.

Wat brengt ons het geheugen van het recht in dezen? Vuurwerk! Het geheugen van het recht brengt ons niet alleen argumenten die nu nog valabel zijn, maar het zet ons en de studenten ook aan tot denken.

## **Betekenis van de rechtsgeschiedenis**

De rechtsgeschiedenis laat zien dat recht een dynamisch fenomeen is. Dezelfde vragen keren in de loop van de tijd dikwijls terug, maar oplossingen verschijnen soms in een gelijkende en soms in een minder gelijkende vorm: continuïteit en discontinuïteit. Het recht is voortdurend in ontwikkeling. Wie het recht van nu wil doorgronden moet zich bewust zijn van dat ontwikkelingsproces en beseffen dat het thans geldende recht het resultaat is van een lange traditie. Dat draagt bij aan een bredere visie op het recht. Rechtshistorisch onderwijs in de juridische opleiding voorkomt dat de jurist zich blindstaart op het recht zoals dat nu bestaat of zich laat verrassen door het recht zoals dat zich in de toekomst nog ontwikkelt.

## **Van opleiden tot onderzoeken**

Zoals bij elke wetenschapper die zijn vakgebied serieus neemt, is het ook mijn voornemen om onderwijs en onderzoek te laten profiteren van de verworvenheden die op het terrein van de rechtsgeschiedenis nationaal en internationaal worden bereikt. Dat kan leiden tot innovatief en interdisciplinair onderwijs en een sterkere integratie van studenten in het wetenschappelijk onderzoek, bijvoorbeeld bij het ontsluiten van primaire bronnen. Dit sluit goed aan bij de oriëntatie van het juridisch onderwijs op de maatschappelijke realiteit, zoals die onder het label *Law in Action* de laatste jaren door de Faculteit wordt voorgestaan. Samenwerking met archieven en bibliotheken kan voor rechtenstudenten de mogelijkheid openen in aanraking te komen met andere disciplines, zoals geschiedenis, sociologie en paleografie.

Mijn leeropdracht – ik zei het al aan het begin – is ruim geformuleerd. Het is mijn voornemen om de tot nu gevolgde onderzoekslijn te continueren, die zich richt op het materiële recht van de *Basilica*. In deze Byzantijnse bron zijn nog vele rechtsfiguren te vinden die niet of nauwelijks zijn bestudeerd, laat staan in hun onderlinge samenhang. Ook is het mijn voornemen om de samenwerking met de *Fryske Akademy* voort te zetten in een onderzoeksproject dat nu reeds enige jaren loopt en zich richt op de receptie van het Romeinse recht in Friesland. Voor beide terreinen geldt dat mijn belangstelling vooral uitgaat naar het inhoudelijke, materiële recht en dat ik, als leerstoelhouder in een juridische faculteit, dat materiële recht uit

het verleden bij voorkeur benader als een ontwikkelingsstadium naar ons hedendaagse recht of in ieder geval in vergelijking met het recht van vandaag.

## **Samenwerking**

Wetenschap kan niet floreren zonder samenwerking en dat laatste is niet mogelijk zonder wederzijds respect. Het is mijn intentie om met collega's en instellingen in binnen- en buitenland tot een goede en constructieve samenwerking te komen. Daarvoor bestaan ook geen of weinig inhoudelijke belemmeringen. Binnen continentaal Europa zijn er voor rechtshistorici vrijwel geen grenzen, omdat alle rechtstelsels voortbouwen op een gemeenschappelijk Europese rechtswetenschap en rechtscultuur. Vanzelfsprekend bestaan er in het universitaire landschap uiteenlopende specialisaties binnen het brede terrein van de rechtsgeschiedenis. Waar die complementair zijn, moeten wij van elkaars expertise profiteren en waar die samen vallen, moeten wij elkaar vooral niet zien als concurrenten.

## **Dankwoord**

*Mijnheer de Rector,*

Aan het einde van deze rede wil ik graag mijn dank uitspreken. Daarbij richt ik mij allereerst tot het College van Bestuur van de Vrije Universiteit en het Bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Uw besluit om de leerstoel rechtsgeschiedenis opnieuw te bezetten juich ik van harte toe en ik dank u voor het in mij gestelde vertrouwen.

*Waarde Stolte, Waarde Lokin,*

U wil ik graag danken voor de bijdrage die u als promotores hebt geleverd aan mijn wetenschappelijke vorming. U hebt mij voor het eerst rondgeleid door de toen nog zo duistere en onbekende galerijen van de *Basilica*. U was de gids die mij de weg wees naar de vaak nog onaangeroerde schatten van het Byzantijnse recht en, bovenal, u bracht mij in contact met één van mijn grootste inspiratiebronnen: Stephanus!

*Waarde Hallebeek,*

Graag richt ik een bijzonder woord van dank tot u, mijn voorganger. U hebt mij geleerd het Justiniaanse Romeinse recht te doorgronden en u hebt mij laten kennismaken met het Max Planck-Instituut voor Europese Rechtsgeschiedenis te Frankfurt. Nee, rechtsgeschiedenis is niet aan landsgrenzen gebonden. Het was mij een genoegen om in onderwijs en onderzoek met u samen te werken. Voor onze samenwerking in het onderzoek naar de receptie van het Romeinse recht in Friesland, hoop ik dat de alom bekende Friese uitdrukking mag gelden: *it giet oan!* U hebt twintig jaar lang aan deze Universiteit en Faculteit de toga van de Europese Rechtsgeschiedenis gedragen en het is u gelukt die toga door te geven. Dat is een grote verdienste en legt op mij, die deze toga nu draagt, een grote verantwoordelijkheid.

*Waarde Simon,*

Ich möchte mich bei Ihnen für das herzliche Interesse bedanken, mit dem Sie meine wissenschaftliche Arbeit verfolgt und gefördert haben. Ich schätze die Erinnerungen an die unzähligen Stunden, in denen wir gemeinsam Digestentexte und byzantinische Interpretationen studiert und diskutiert haben. Wie anders waren die Fälle ab und zu nach unseren Diskussionen!

*Waarde leden van de Afdeling Rechtstheorie en Rechtsgeschiedenis,*

Het is mij een genoegen deel te mogen uitmaken van een zo diverse afdeling, waarbij de verschillende disciplines elkaar in het begrip van het recht versterken.

*Dames en Heren Studenten,*

Onlangs werd ik door één van u bij een andere student in herinnering gebracht als: 'Dat is die mevrouw van die oude boeken.' 'Dat klopt!', dacht ik toen bij mijzelf. Die oude boeken, die ik op college laat zien, zijn de fysieke dragers van het geheugen van het recht. Maar waar het mij vooral om gaat, is de inhoud van dat geheugen en daarover hoop ik u de komende jaren nog veel te vertellen.

Tot slot wil ik graag wijlen mijn partner, Jan Buenk, bedanken voor zijn jarenlange steun en wijze woorden.

Ik heb gezegd.

## *Lijst van geraadpleegde literatuur*

- S.E. Bartels en V. Tweehuysen, annotatie bij: HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309 (Gemeente Heusden/X), *JOR* (2017), afl. 6., p. 2061-2079.
- F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Andermaal: Ongerechtvaardigde verrijking door de werking van art. 3:105 lid 1 BW', *WPNR* 6416 (2000), p. 637-639.
- F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Reactie op 'Pye Ltd. v. United Kingdom, 'ook maar een mening' van prof. mr. W.J. Zwalve, *WPNR* 6698 (2007), p. 150-153.
- J. de Bruijn, S. faber en A. Soeteman (red.), *Ridders van het Recht. De juridische faculteit van de Vrije Universiteit, 1880-2010*, Amsterdam 2015.
- C.J.H. Brunner, 'Dief wordt eigenaar', in: E.H. Hondius, W.G. Huijgen, J. Hijma e.a. (red.), *Quod Licet. Kleijn-Bundel*, Deventer 1992, p. 45-53.
- C.J.H. Brunner, 'Verjaringsrecht in de knoop', *RMThemis* (2001), afl. 8, p. 243-249.
- J. de Bruijn, S. Faber, A. Soeteman (red.), *Ridders van het recht. De juridische faculteit van de Vrije Universiteit, 1880-2010*, Amsterdam 2015.
- A.G. Castermans, 'Schadevergoeding bij verkrijging door verjaring', *AA* (2017), p. 516-522.
- M.A.B. Chao-Duvis, 'Dief wordt eigenaar..... en blijft dat (helaas)!', *WPNR* 6240 (1996), p. 732-734.
- H.J.F. Clifford, annotatie bij: Hoge Raad 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *Agr.r.* 5881 (2017), afl. 5, p. 275-283.
- H. Dondorp, D. Ibbetson en E.J.H. Schrage (red.), *Limitation and prescription: a comparative legal history*, Berlijn 2019.
- D. Draaisma, *Vergeetboek*, Groningen 2010.
- D. Draaisma, *Metaforenmachine. Een geschiedenis van het geheugen*, Groningen 2013.
- D. Draaisma, *Als mijn geheugen me niet bedriegt*, Groningen 2016.
- P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring*, (Ars Aequi Libri), Nijmegen 2018.
- R. Fabritius, 'Terugvordering van verjaarde grond', *VGR* (2017), afl. 3, p. 69-73.
- B. Hoops en L.C.A. Verstappen, 'Van 20 naar 40 jaar: De Hoge Raad helpt eigenaars in de strijd tegen landjepik', *WPNR* 7143 (2017), p. 255-257.
- B. Hoops, 'Te goeder trouw, te kwader trouw of geen van beide?', *WPNR* 7144 (2017), p. 983-990.
- J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Den Haag 2011.
- J.E. Jansen, 'Schadevergoeding uit onrechtmatige daad na verkrijging door artikel 3:105 BW', *RMThems* (2018), afl. 1, p. 3-11.
- H. de Jong, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, Den Haag 2008.
- H. de Jong, 'Die *actio quasi Publiciana* im byzantinischen Recht', *ZRG RA*, verschijnt in 2020.
- M. Kaser en K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996.
- R.J.Q. Klomp, 'Een dubbele termijn voor de dief', *WNPR* 6231 (1996), p. 519-520.
- R.J.Q. Klomp, 'Dieven met geduld. Over verkrijgende verjaring te kwader trouw', in: I. Brand e.a., *Tijd en zekerheid* (BWKJ 16), Arnhem, 2000.



- J. Koelewijn, 'Het liegende geheugen', *nrc.nl*, 16 september 2016.
- M.W.E. Koopmann, artikel 105 Boek 3 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer.
- M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, (Monografieën BW, deel B14), Deventer, 2010.
- W. Lever, annotatie bij: Hoge Raad 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *Gst.* 77 (2017), afl. 7454, p. 416-421.
- T. van der Linden, 'Over de dief die eigenaar geworden is', in: J. Hijma e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer 2016, p. 291-305.
- K. Meijering en M.H.W.C.M. Theunisse, annotatie bij: Hoge Raad 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *BR* 80 (2017), p. 532-542.
- Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, door C.J. van Zeven en J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, Deventer 1981.
- W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp (met bijdragen van G.E. van Maanen en G.T. de Jong), *Goederenrecht*, (Pitlo deel 3), Deventer 2019.
- H.J. Scheltema, D. Holwerda, N. van der Wal, *Basilicorum libri LX*, Groningen 1953-1988: A (tekst) I-VIII, B (scholia) I-IX.
- E.J.H. Schrage, 'A thief can't pass good title: tijdsverloop en eigendomsverkrijging naar Civil en naar Common law', *MvV* 9 (2019), p. 293-303.
- H.J. Snijders, annotatie bij: Hoge Raad 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *NJ* 2018/141, p. 2046-2068.
- D.F.H. Stein, 'Verjaring van schadevergoedingsvorderingen bij voortdurende onrechtmatige daden', *NTBR* (2019), afl. 11, p. 61-72.
- M.L. Tuil, 'Verkrijgende verjaring, tussen rechtszekerheid en individuele rechtvaardigheid', *MvV* (2017), afl. 4, p. 143-150.
- F. Verstijlen, 'De verjaring voorbij', Een verbintenisrechtelijke correctie op de goederenrechtelijke verkrijging van artikel 3:105 BW na HR 24 februari 2017, *NJ* 2018/141 (Gemeente Heusden/M.), *NJB* 1698 (2018), afl. 32, p. 2380-2386.
- F.J. Vonck, annotatie bij: HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309 (Gemeente Heusden/M.), *TBR* (2017), afl. 6, p. 665-670.
- J. Van de Voorde, *De verkrijgende verjaring*, Brugge 2019.
- K.E. Zachariä von Lingenthal, 'Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianischen Juristen', *SZ* 6 (1885), 1 (repr. in: C.E. Zachariä von Lingenthal, *Kleine Schriften zur römischen und byzantinischen Rechtsgeschichte* 2, Leipzig 1973, p. 186).
- W.J. Zwolve, 'Art. 305 lid 1 BW. Niet alléén een kwestie van termijnen', *WPNR* 6202 (1995), p. 773-774.
- W.J. Zwolve, 'Naschrift bij de reactie van mr. R.J.Q. Klomp', *WPNR* 6231 (1996), p. 520.



